EL DERECHO A LA DEFENSA PREVIA FRENTE AL DESPIDO: EL FINAL DE TREINTA Y OCHO AÑOS DE SOLEDAD

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

El derecho de cualquier trabajador a no ver terminada su relación de trabajo *"por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se he haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos contra él"*, forma parte del ordenamiento jurídico español desde el 26 de abril de 1986, fecha en la que se cumplieron doce meses desde la ratificación por España del Convenio 158 de la OIT, que lo reconoce en su artículo 7. A pesar de ello, su reconocimiento claro e incontestable se ha producido recién a través la Sentencia del Pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo 1250/2024, de 18 de noviembre, que declara el carácter directamente aplicable de dicho precepto, en un ejercicio de manual del control de convencionalidad previsto por el artículo 30.1 de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Ríos de "tinta virtual" han corrido en los pocos días transcurridos desde la expedición de esta sentencia, en especial con el fin de examinar los delicados problemas, especialmente procesales y de aplicación temporal, derivados de lo decidido. No obstante, la cuestión de fondo que resuelve es bastante sencilla, al extremo de que pueda que haya quien considere que la argumentación empleada resulta decepcionante. Porque lo que hace la sentencia es únicamente afirmar que, a la vista del contenido del precepto, "procede su aplicación directa al ser una disposición que debe calificarse de completa o aplicable en forma automática", "ya que están suficientemente y debidamente concretados sus términos", siendo "el requisito de establece (…) muy concreto y de alcance general", por lo "no precisa de mayor desarrollo normativo para su cumplimiento, ya que basta simplemente con permitir al trabajador que se defienda de los cargos sobre su conducta o trabajo". Estando, además, la excepción que contempla sujeta a un "criterio de razonabilidad" cuya aplicación "vendrá determinada por las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permita justificar que el empleador no podría o tenía que concretar esa posibilidad".

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

La pregunta que suscitan tan rotundas afirmaciones es la siguiente: ¿por qué, si el contenido del artículo 7 del Convenio 158 era tan claramente *self-executing*, han tenido que transcurrir treinta y ocho años para que se declare su aplicación directa?

Consciente de ello, el tribunal busca aportarnos una respuesta a esta paradoja. Y la encuentra en lo que se ha llamado "el signo de los tiempos": su decisión se apoya en la Ley de Tratados, que es de 2014, habiendo "recibido carta de naturaleza" el control de convencionalidad "solo desde hace media docena de años".

El argumento no resulta del todo convincente, porque la aplicación directa de los tratados era posible en España desde 1974, en aplicación del artículo 1.5 del Código Civil, según el cual "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto que no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su aplicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado". Lo que permite colegir *a contrario sensu* que los tratados publicados son de aplicación directa. La aportación del artículo 30.1 de la Ley de Tratados ha sido la de precisar que esa aplicación puede quedar exceptuada si del texto del tratado se desprende que "queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes".

Esta es, además, una explicación que palidece ante un hecho incontestable: la deliberada resistencia, en todo el período, tanto de las autoridades gubernamentales como de los tribunales e incluso de la doctrina, no ya a aplicar el artículo 7 a falta de una norma interna que recoja su contenido, sino a demandar la aprobación de esta. Una resistencia que se valió de argumentos que buscaban demostrar algo tan poco plausible como que el derecho estaba reconocido por nuestra legislación por medio de la carta de despido o de los actos de conciliación administrativa y judicial. Unos argumentos que merecerían en más de una ocasión la reprobación de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

Nadie se ocupó, en cambio, de examinar las razones por las que el derecho estaba presente en el Convenio 158. Antes bien, la idea predominante, a la luz de los juicios críticos que suscitó la posibilidad de exigir su aplicación, insistentemente demandada ante los tribunales, parecía ser la de considerar que este derecho constituía un mecanismo disfuncional, que complicaba innecesariamente la regulación del despido.

¿Cabe alguna duda de que detrás de esta coincidencia en la oposición a la incorporación al ordenamiento español del derecho se encontraba la orientación de política legislativa que se impuso en los años ochenta y noventa, de acuerdo con la cual crear garantías frente al despido constituía una forma de desincentivar el empleo?

Para el autor de este brief, ninguna. De hecho, no ha sido hasta esta década que se han alzado voces que han demandado el cumplimiento del artículo 7 del

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Convenio 158, de la mano de la recuperación de la preocupación por la protección del trabajador frente a un acto que, como el despido, limita de manera severa sus derechos como persona y como ciudadano. La decisión del Tribunal Supremo se explica, desde mi punto de vista, en este contexto, que es expresión de una nueva manera de enfrentar los problemas sociales dentro de que asume un relevante papel la protección de las personas. El signo de los tiempos, pues, pero desde una perspectiva distinta.

Todo esto nos debe conducir a valorar en toda su trascendencia el fallo que se comenta. No como una decisión que introduce un requisito formal más para el despido, que lo hace más complejo para las empresas sin un fundamento claro más allá de la exigencia de una convenio apresuradamente ratificado hace mucho tiempo, sino como una garantía que, como se ha dicho, busca asegurar a las personas que trabajan el más elemental de todos los derechos que debe ser reconocido a quien padece una sanción, como es el de defenderse de los cargos que se formulan en su contra antes de que sea adoptada. Este es un derecho consagrado solo respecto de los procedimientos sancionatorios públicos por el artículo 24.2 de la Constitución, pero que adquiere tanta o más relevancia en el caso del despido, al tratarse de una decisión de profundas repercusiones sobre la esfera personal y moral del trabajador, que se expresa en un espacio de profundo desequilibrio, siendo sus efectos normalmente irreversibles. De allí que su vinculación con valores situados en el núcleo de la cláusula del estado social y democrático de derecho, como los de justicia e igualdad, resulte indudable.

El corolario es la colocación del derecho de defensa previa como un elemento fundamental del régimen del despido disciplinario, que debe conducir a una transformación de la manera como este se viene realizando en España, que puede resultar muy beneficiosa para las relaciones entre trabajadores y empresarios, al favorecer un ejercicio meditado y con conocimiento de causa, además de respetuoso de la esfera personal del trabajador, del poder de despedir. No debe perderse de vista que su propósito es introducir un espacio de diálogo y reflexión, en el marco del cual puedan ser oídos los motivos del trabajador y contempladas las pruebas que puedan avalar su conducta o reducir su responsabilidad. El despido se convierte, así, en la última de las respuestas frente a un incumplimiento presuntamente grave y culpable, como corresponde a su naturaleza de medida sancionatoria extrema.

¿Cómo cumplir con esta exigencia, a falta de una regulación legal sobre la materia o de un desarrollo del derecho a través de la negociación colectiva?

Es evidente que la referencia del artículo 7 al reconocimiento en favor del trabajador de la “posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él” conlleva la necesidad de que su ejercicio esté rodeado de un conjunto de garantías formales, entre las que ocupa un lugar destacado la transmisión de los hechos constitutivos de la infracción, que le permita tener conocimiento de esta para llevar a cabo

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

su defensa. Por supuesto, al no exigirlo el convenio, no es preciso que esa comunicación deba realizarse por escrito, aunque esta sea la manera más apropiada de cumplir con su mandato y la que asegura mejor al empresario la demostración de su acatamiento. Asimismo, no es dudoso que la comunicación deberá incluir la propuesta de aplicación de la máxima sanción. Y que su contenido fija la causa que será capaz de dar lugar al despido.

Por lo que se refiere al ejercicio por el trabajador de la "posibilidad de defenderse", es claro que debe serle concedida luego de un plazo prudencial que le permita preparar los argumentos y pruebas necesarios. Sin que se exija una fórmula específica, por lo que podrá ser cualquiera que garantice el objetivo del precepto, elegida por el empresario o solicitada por el trabajador. Incluyendo la apertura de un expediente contradictorio, pero también una entrevista personal o un alegato escrito, siempre con la posibilidad de presentar pruebas de descargo. En todos los casos no parece que pueda haber duda de que el trabajador podrá ser asistido por un representante unitario o sindical, por más que esta asistencia no sea preceptiva sino solo recomendable y su aceptación expresión de un cumplimiento de buena fe del precepto.

Es una vez ejercido el derecho de defensa por el trabajador, o desechada esta opción por este, que el empresario podrá proceder al despido, necesariamente a partir de los motivos indicados en su comunicación, o desistir de él, caso en el que la garantía habrá cumplido su rol preventivo de decisiones evitables o precipitadas. Por lo demás, como indica el Tribunal y remarca la doctrina, la excepción de la parte final del articulo 7 remite a la realización de un test de proporcionalidad vinculado a una valoración casuística de las situaciones en las que la concesión del derecho de defensa resulte innecesaria, inútil o pueda causar un perjuicio desproporcionado al empresario.

Con todo, mucho queda aún por debatir en torno a las consecuencias de esta trascendental sentencia. Pero lo decidido sobre el fondo de la cuestión resulta de una dimensión jurídico-política sobresaliente para el equilibrio futuro de nuestras relaciones laborales, a la vez que marca una senda por la que deberá discurrir cualquier reforma del régimen jurídico del despido disciplinario en España.

CITA: W. SANGUINETI RAYMOND, "El derecho de defensa previa del trabajador frente al despido: el esperado final de treinta y ocho años de soledad", Briefs AEDTSS, número 106, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).